



**FACULTAD DE DERECHO**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**SOCIEDADES PANTALLA Y  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA  
EMPRESA**

**Autor: HELENA POSADAS**

**CARRASQUILLA**

**ICADE 5º E-3 GRUPO C**

**DERECHO PENAL**

**Tutor: ALBERTO RODRÍGUEZ MOURULLO**

**Madrid**

**Abril de 2019**

# ÍNDICE

---

## I. INTRODUCCIÓN

I.1. Objeto.....	2
I.2. Justificación.....	2
I.3. Método.....	3
I.4. Levantamiento del velo y su problemática.....	3
I.5. Doctrina sobre el levantamiento del velo.....	5

## II. RESUMEN.....6

## III. SENTENCIA 867/2002.....6

III.1. Antecedentes de hecho.....	6
III.2. Hechos probados.....	7

## IV. FALLO SENTENCIA RECURRIDA.....18

IV.1. Delito de apropiación indebida.....	18
IV.2. Delito de estafa.....	18
IV.3. Decomisado de bienes inmuebles.....	19

## V. FUNDAMENTOS DE DERECHO (RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA)...21

V.1. ¿Cubre el recurso de casación el derecho a la doble instancia?.....	21
V.2. ¿Vulnera un Juez de apoyo el Derecho Constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley? .....	21
V.3. ¿Son los peritos del Banco de España independientes para actuar en el proceso?...21	
V.4. ¿Se vulnera el principio acusatorio en la operación cementeras? .....	22

## VI. ANÁLISIS DEL FALLO Y REFORMA CONFORME LO 1/2015.....24

VI.1. Levantamiento del velo (comiso) .....	24
VI.2. Apropiación indebida .....	27
VI.3. Falsedad en documento mercantil .....	30
VI.4. Estafa .....	34

## VII. IMPORTANCIA JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA.....34

## VIII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS RESPECTO DE LA SENTENCIA.....36

# **I.INTRODUCCIÓN**

## **I.1. Objeto**

---

El trabajo que aquí nos ocupa tiene por objeto comentar el tratamiento que se viene haciendo en la actualidad a un asunto problemático en nuestro Derecho actual: el levantamiento del velo en el ámbito penal. No es infrecuente encontrarnos con estructuras societarias que pretenden maquillar o esconder quién está realmente detrás de esa tela de araña compuesta por sociedades de todo tipo, y cada vez este fenómeno está más presente en el tráfico jurídico ordinario. La ingeniería financiera que se engrana alrededor de estas sociedades instrumentales toma cada vez más complejidad y nos encontramos con mayores dificultades para dirimir quién se encuentra detrás de ellas. El tratamiento que se realiza de la teoría del levantamiento del velo ha sido diverso, desde su pronunciamiento por primera vez pero cada vez la justicia cuenta con más instrumentos para desenmascarar este tipo de estructuras.

## **I.2. Justificación**

---

Este asunto es ampliamente conocido por nuestro Derecho, tanto que nos podemos encontrar con multitud de sentencias de un gran número de Juzgados (no solo de las más altas esferas sino también Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales) que tratan el tema. A pesar de que existe un tratamiento muy variopinto del levantamiento del velo, en este caso, lo analizaremos a raíz de la Sentencia 867/2002 del 29 de julio de 2002, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la que se resuelve un Recurso de Casación en relación con un caso verdaderamente mediático, tanto a nivel nacional como internacional, el comúnmente conocido como “Caso Banesto”. La selección de este caso atiende tanto a la gravedad del caso en sí, como a la existencia de sociedades instrumentales utilizadas por los imputados para crear una opacidad en relación con sus cuentas.

El asunto de estudio de este documento es de plena actualidad y es una doctrina que cada vez se está extendiendo más en todos los ámbitos. La elección del tema tiene como

justificación el interés que está levantando en la mayoría de personas y empresas, no se trata de un asunto relegado al plano del Derecho teórico ya que cada vez es más frecuente la constitución de sociedades instrumentales como forma de limitación de la responsabilidad de sus socios creando un “cortafuegos” o bien, como forma de limitación tributaria diversificando los ingresos en dos empresas para beneficiarse de tipos más bajos. Las empresas pantalla no son instrumentos reservados para grandes empresarios, sino que cada vez más personas de todos los ámbitos están beneficiándose de las condiciones legales con las que se trata a las sociedades.

### **I.3. Método**

---

Para la realización del Trabajo de Fin de Grado, el método que se seguirá será el de análisis jurisprudencial y doctrinal de las figuras presentadas. Por un lado, se estudiará la sentencia objeto de estudio y su resolución, y por otro qué opina la doctrina al respecto del fallo. De la misma forma se tendrá en cuenta la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 con la que se modificó el régimen de “societas delinquere non potest”.

### **I.4. El levantamiento del velo y su problemática**

---

La doctrina del levantamiento del velo se acuñó en el ámbito anglosajón, concretamente en Estados Unidos bajo el nombre de “*Disregard of legal entity*”. Fue introducida en nuestro país por la vía jurisprudencial ya que ni si quiera a día de hoy existe una regulación legal tipificada del levantamiento del velo.

El levantamiento del velo es una teoría que pretende entrar a valorar el substratum de la personalidad jurídica cuando se entiende que la apariencia externa de una forma societaria no es la correspondiente con su forma interna. El levantamiento del velo se activa cuando se percibe que la sociedad, o sociedades, están siendo meros instrumentos para la comisión delictiva. Entrando a valorar internamente la sociedad, se pueden llegar hasta los partícipes de sus actuaciones y sus bienes pero esto sería imposible si no se aplicara el levantamiento del velo, aunque cabe recordar que su aplicación por los Tribunales tiene que ser de forma excepcional que no hace referencia a un *numerus clausus* de casos sino que se tiene que ir valorando conforme al caso concreto que se esté

enjuiciando. El propio Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo a diferentes supuestos.

El levantamiento del velo lleva aplicándose en España desde antes del siglo XX pero la problemática nació a raíz de la publicación de la Constitución Española de 1978, cuando el levantamiento del velo podía interceder en la esfera de la libertad de empresa consagrada en el art 38 de la CE:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”

Aunque esta doctrina está presente desde que el Tribunal Supremo la denominase como “la doctrina de terceros” en su Sentencia del 7 de junio de 1927 no fue hasta la Sentencia del 28 de mayo de 1984 pronunciada por el Tribunal Supremo cuando se pusieron en la balanza justicia y seguridad jurídica y se determinó que, basándose en el Ordenamiento Jurídico español del momento, se tenía que proceder a la doctrina del levantamiento del velo cuando pudiera existir una injusticia material y objetiva y se atentara contra intereses privados o públicos permitiendo la opacidad interna de estas sociedades, tal y como se pronuncia en la propia Sentencia:

"... en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar «levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios,

es decir, de un mal uso de su personalidad, en un «ejercicio antisocial)» su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil) ...”

### **I.5. Opiniones en relación con la doctrina del levantamiento del velo**

---

El levantamiento del velo no es un tema en el que se encuentre unidad de doctrina, sino todo lo contrario. Las opiniones en cuanto a su implantación son variadas y dispares, mientras que autores entienden que se debe aplicar el levantamiento cuando exista algún caso que revista de las características expuestas ad supra, otros autores opinan el inverso, los casos deberían enjuiciarse en base a la tipificación existente en las normas atendiendo a un carácter finalista de las mismas. La doctrina que aboga por su aplicación, se limita a plantearla en casos tasados propuestos por la doctrina del propio Tribunal Supremo, se entiende que únicamente cabría la aplicación del levantamiento del velo cuando nos encontremos ante:

1. Abuso de las formas de las personas jurídicas
2. Identidad de personalidades o esferas de actuación
3. Confusión de patrimonio social y personal
4. Descapitalización societaria

En caso de que se proceda a la implantación del levantamiento del velo, cabe recordar que se trata de un sistema totalmente excepcional<sup>1</sup> y no puede ser considerado como regla general en la resolución judicial.

Cabe apuntar que la creación de sociedades instrumentales, lógicamente, no siempre atiende a intenciones fraudulentas y la mayoría de ellas cumplen con la legalidad vigente, lo que realmente indicará la legalidad o no de la personalidad jurídica será el uso que se haga de la sociedad. Para que la sociedad creada a posteriori no incurra en ilegalidades es necesario tomar una serie de medidas, entre las que se pueden encontrar: valorar las transacciones realizadas por la empresa a valor de mercado, que realice una actividad económica (para lo que debe contar con los medios y los instrumentos necesarios para llevar a cabo su actividad, entre ellos, empleados) y que tribute al 75% en el IRPF. Las

---

<sup>1</sup> Determinado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011, en la que se advierte de la restrictividad de este mecanismo.

principales razones para crear empresas instrumentales, que no realizan realmente ninguna actividad, son prácticamente dos: ventajas fiscales o limitación de la responsabilidad de sus socios.

## **II. RESUMEN**

---

Este Trabajo trata de realizar un estudio pormenorizado de la Sentencia 867/2002, que es un recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo como consecuencia de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional al enjuiciar los hechos del denominado Caso Banesto. En este documento se expondrá el fallo realizado por la Audiencia y las posteriores modificaciones realizadas por la Sala del Supremo, estudiando los argumentos en los que se basan ambos para enjuiciar los hechos delictivos y cómo y por qué existen diferencias entre lo dictaminado en la Audiencia y el Supremo. Así mismo, a lo largo de todo el Trabajo se podrá constatar la figura de las sociedades pantalla y la forma en la que han sido tratadas por la Sentencia.

Para concluir, se hará una pequeña comparación entre la forma de enjuiciar los hechos conforme al Código Civil de 1973, el de 1995 y la última modificación del documento mediante la LO 1/2015.

## **III. SENTENCIA 867/ 2002. CASO BANESTO.**

---

### **III.1. Antecedentes de hecho**

En primer lugar, se tiene que tener en cuenta antes de adentrarse en el grueso de la Sentencia 867/2002 que ésta resuelve un recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley presentada ante el Tribunal Supremo. El recurso de casación

fue interpuesto por el Ministerio Fiscal, las Acusaciones Particulares<sup>2</sup>, las Acusaciones Populares<sup>3</sup> y los propios procesados<sup>4</sup>.

Este recurso de casación es presentado por los anteriormente nombrados en contra de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que derogó la Sentencia dictada en Instancia, la cual condenaba a los procesados a las penas estipuladas por los delitos de apropiación indebida y estafa.

Este procedimiento se inició mediante la incoación por el Juzgado de Instrucción número 3, abriéndose la fase de diligencias con el número 234/94.

### **III. 2. Hechos probados**

Los hechos que se consideraron probados en el caso se basan en una serie de actuaciones cometidas por los responsables penales, que se pueden identificar en las siguientes:

#### **1. Retirada de Caja de 300 millones de pesetas**

Se considera hecho constatado, que Mario Conde Conde haciendo uso de su cargo como Presidente del Banco Español de Crédito S.A., retiró de caja trescientos mil millones de pesetas que fueron destinados a fines distintos a la actividad, ordinaria y extraordinaria, del Banco. Para esta actuación, se sirvió del Director adjunto de una de las sucursales del Banco en Madrid, concretamente, la sucursal de Paseo de la Castellana número 7. El monto no se dispuso con sacos con anagramas del banco, que era la forma

---

<sup>2</sup> La Acusación Particulares estaba formada por: Fondo de Garantía de depósitos en Establecimientos Bancarios, Francisco Cardín, Josefa Cardín, Covadonga Mata Cardín, Amalia Cubillos, Eduardo Pérez Rubio, Concepción Insa, Banco Español de Crédito, Victoria de la Muela, Patrick Meuri Manisdeu, Asociación para la defensa del accionista entre otros muchos.

<sup>3</sup> La Acusación Popular estaba formada por Ausbanc, Federación de Servicios de Banca de Comisiones Obreras, Federación de Servicios de Banca de la Unión General de Trabajadores.

<sup>4</sup> Aunque en un primer momento había un mayor número de procesados, los condenados por la Audiencia Nacional y los que posteriormente recurrieron en casación fueron Mario Conde Conde, Arturo Romani Biescas, Fernando Garro Carballo, Rafael Perez Escolar y los responsabilidades civiles subsidiarios que eran personas jurídicas como por ejemplo Montilsa o Data Transmissions System.



habitual, sino que la cantidad fue retirada en dos entregas transportándolas en bolsas de deporte a una dirección determinada. La cantidad retirada de la sucursal de Paseo de la Castellana 7 fue contabilizada en una cuenta transitoria en una sucursal del banco en Pamplona, cuenta transitoria que quedó saldada con un movimiento del dinero hacia una cuenta “a disposición del Presidente” en Barcelona. Después de ese suceso, se produjo una fusión entre Banesto y Banco Central. Tras la fusión se produjeron nuevos nombramientos de consejeros, momento en el que se puso en relieve las discrepancias entre ellos y se comunicó al Banco de España la intención de ambas compañías de hacer una “desfusión”. A pesar de que el Banco de España remarcó desaconsejar la actuación de ruptura de la fusión, ésta se produjo igualmente.

Tras la ruptura de la fusión, se tuvieron que presentar nuevas cuentas independientes en 1988 en las que no aparecieran las modificaciones de la fusión. A pesar de que en esas cuentas existía un descuadre en las provisiones en Banesto, fue aprobado el reparto de dividendos. No se consiguió acreditar que la retirada de caja fuera a parar para el beneficio personal del Presidente, Mario Conde, o para integrar parte de su patrimonio ni tampoco, tal como Mario Conde indicó verbalmente al Director General de Banca Comercial del Banco, para recompensar la mediación que realizó Adolfo Suarez con el Gobernador del Banco de España para que se autorizara la desfusión, y lo más importante, para que se aprobaran las cuentas independientes de 1988.

## **2. Cementeras**

En 1989 el Banco participaba conjuntamente con otros accionistas, como la familia Serratosa o el grupo Aker, en una sociedad de cementeras valencianas, integradas en el “Grupo Valenciana” que tenía como empresa matriz a Valenciana de Cementos. A pesar de que Banesto ostentaba la mayoría de las participaciones sociales, el grupo valenciano estaba dirigido por Serratosa. Tras una serie de diferencias entre la familia Serratosa y Banesto, se produjo la escisión de Grupo Valenciana y la venta de las acciones que poseía Banesto a favor de la familia Serratosa sobre la empresa matriz.

En la venta, la representación por parte de Banesto la llevó a cabo Arturo Romaní<sup>5</sup>, y por parte de la familia Serratosa, Emilio Serratosa. A los valores de las empresas que no cotizaban en bolsa se les asignaron un precio notablemente inferior al precio de mercado, con el fin de evitar plusvalías, las únicas acciones que representaban valores de mercado fueron Valenciana de Cementos y Sanson, únicas entidades que cotizaban en bolsa. En contraprestación a la venta de las participaciones en las empresas cementeras, se acordó la adquisición por parte de Beta Cero<sup>6</sup> y Lombardía y Lacacci de empresas hormigoneras.

Con las compras de hormigoneras, Mario Conde y Arturo Romaní se aprovecharon de su posición privilegiada e hicieron llegar fondos de la compra a las sociedades Gay Cordon<sup>7</sup> y Data Transmission System, personas jurídicas vinculadas con Mario Conde y Arturo Romaní que habían sido constituidas con esta finalidad<sup>8</sup>. La sociedad Beta Cero, encargada de llevar a cabo la compra de las hormigoneras transmitió a Gay Cordon las cuatro sociedades hormigoneras sin haber pagado el precio por la transmisión, ya que el precio fue pagado por Banesto, es decir, las acciones de las hormigoneras se traspasaron de Beta Cero a Gay Cordon sin intercambio monetario entre ellas, la única sociedad que desembolsó el monto fue Banesto, que ni si quiera aparecía como titular en la operación. Posteriormente Gay Cordon transmitió las acciones a Data Transmission System S.A, quien más tarde lo transmitió a Portland Iberia S.A.. Cuando las acciones estaban en manos de Portland Iberia S.A., fueron vendidas directamente a Banesto, operación por la que la empresa vendedora obtuvo un beneficio de 1.224.000.000 pesetas en perjuicio de Banesto.

---

<sup>5</sup> Uno de los principales acusados en el proceso.

<sup>6</sup> Empresa participada en un 88% por Banesto. La anotación por la compra de la hormigonera fue contabilizada en el balance de Banesto, sin que produjese anotación en las cuentas de Beta Cero.

<sup>7</sup> La estructura de Gay Cordon estaba distribuida de una forma peculiar, el 72% de las acciones estaban en manos de las dieciséis empresas gestionadas por Mario Conde, un 8% de las acciones estaban en manos de empresas gestionadas en su totalidad por Arturo Romani, un 5% en manos de Elena García Baquedano, secretaria de Arturo Romani y persona de su confianza, un 5% por Antonio Romani a título particular y el 10% restante estaban en manos de Rosa María Carreño y Consuelo Pérez-Pardo, que actuaban por cuenta de Antonio Romani.

<sup>8</sup> Con esta redacción se puede extraer cómo el Tribunal comienza a introducir la figura del levantamiento del velo, señalando a Mario Conde y Arturo Romaní como gerentes y responsables de las sociedades que habían adquirido beneficios ilícitos de la compra de las empresas hormigoneras.

Después de realizar todo este procedimiento de ingeniería financiera, la Sentencia recoge como hecho probado que los acusados Mario Conde y Arturo Romani se beneficiaron de los fondos existentes en Data Transmision System y Gay Cordon por la operación hormiguera. Los fondos eran sacados de las compañías instrumentales a través de diversos cheques, separados en el tiempo, que iban a ser descontados por los acusados para la compra de fincas y como pago de dinero en “B” a la familia propietaria del complejo de las fincas. Para la compra de este complejo de fincas se utilizaron dos empresas, nuevas en esta Sentencia, para camuflar a los verdaderos compradores de los inmuebles, Longanos S.A., y Nort- Activos S.A.. A parte de la compra de fincas, se hicieron multitud de operaciones que beneficiaban a los acusados, Mario Conde y Arturo Romani, con cargo a las cuentas de Data Transmisiones que iban a parar como suministro de fondos de otras empresas de las que los acusados también eran titulares.

### **3. Centro comercial Concha Espina**

Mientras Mario Conde ostentaba el cargo de Presidente en el Banco Español de Crédito, las relaciones entre el banco y los hermanos Pardo, que formaban el grupo Dorna, se intensificaron. Las relaciones entre ambas sociedades comenzaron con actividades de consultoría y auditoría de activos del banco, y se estrecharon cuando Carlos Manuel Pardo fue elegido como Consejero de ELERCO S.A., empresa propiedad de Banesto. A la vez que estas actuaciones, Banesto invirtió en DORNA PROMOCIÓN DEL DEPORTE S.A., comprando las acciones a 201.235 pesetas habiendo sido tasadas por un auditor independiente en 1.100 pesetas por acción, para satisfacer el precio parte del mismo se otorgó en acciones de Banesto que estaban en manos de GAY CORDON S.L.

Los hermanos Pardo decidieron arrendar la esquina del Bernabéu al Real Madrid Club de Football con la finalidad de construir un centro comercial. Esta actuación se llevó a cabo por INMOBILIARIA BLASCO DE GARAY S.A. (en adelante, IBG), quien después de firmar la operación con el Real Madrid suscribió un contrato de cuentas en participación con el grupo DORNA. Parte de la gestión del contrato de cuentas en participación, exactamente el 3%, fue vendido a Dorna promoción del deporte (cabe recordar que Banesto ostentaba participación en la empresa). De la misma forma, IBG cedió parte de su participación en el contrato de cuentas en participación a la sociedad SAN ANTÓN DEL ESPINO S.A. como remuneración por unos servicios jurídicos

prestados por la sociedad. De las participaciones cedidas a SAN ANTÓN DEL ESPINO S.A., el 50% fueron trasladadas a CIFUENTES 2000 e INVERSIONES SANFERGO S.A, la cual pertenecía a Mario Conde y después traspasada a Fernando Garro quien en aras de ocultar su verdadera titularidad traspasó el 94% de la sociedad a una empresa británica. Con el fin de hacerse con gran parte de las participaciones de las cuentas en participación, Mario Conde y Arturo Romaní se sirvieron de la empresa APOLO INVERSIONES Y SERVICIOS S.A., para adquirir el 29% de las cuentas que posteriormente cederían a MONTILSA, la cual fue comprada por VELIADES HOLDING que tenía como administrador a una de las personas de confianza de Arturo Romaní, con el fin de nublar la verdadera identidad detrás de la sociedad.

SOCIEDAD CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA S.A. se subrogó en el contrato suscrito de cuentas en participación y firmó con Dorna otro contrato de cuentas en participación. Para facilitarle el pago de las mensuales que SOCIEDAD CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA tenía que hacer al Real Madrid, Banesto le concedió un crédito y una línea de crédito adicional.

Tras una serie de reuniones, los acusados: Mario Conde, Arturo Romani, Rafael Escolar y Fernando Garro, decidieron vender a la Corporación Banesto las participaciones que habían obtenido gratuitamente en SOCIEDAD CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA, tras deliberación de la Corporación Banesto se determinó que se pasaría a formar parte de las cuentas en participación del Centro Comercial, y la gestión sería llevada por Carlos García Pardo. Como la SOCIDAD CENTRO COMERCIAL tenía una deuda por la financiación prestada por Banesto, Banesto se adjudicó el contrato existente entre el Centro Comercial y el Real Madrid de forma que con esta adjudicación las deudas entre Centro comercial y Banesto quedaban saldadas.

Se verifica que Mario Conde y Arturo Romaní dispusieron efectivamente de los fondos en MOLTILSA, el dinero se dispuso mediante cheques ingresados en Barclays a favor de la sociedad MOBILIARIA DE CASTILLA S.L., cuyo propietario era Mario Conde y en Banco Urquijo en una cuenta de titularidad del acusado, Mario Conde. De la misma forma que Mario Conde, Arturo Romaní también dispuso de fondos de MOLTILSA a través de la sociedad TRYCOUN, quien recibió fondos de MOLTILSA y

a su vez los traspasó a PROYECTOS MANANTIAL, sociedad controlada por Arturo Romaní. MOLTISA transfirió fondos a Liechtenstein con la finalidad de que facilitar el acceso de los mismos a Arturo Romaní, a través de la creación de empresas (PALMAROLA S.L., y LERCARA S.L.).

#### **4. Oil Dor**

Siguiendo en la misma línea que el Centro Comercial Concha Espina, se creó la sociedad Oil-Dor, compañía de la que los hermanos García Pardo tenían la mayoría de participaciones. Dada la buena relación creada con las operaciones detalladas en el apartado 3, se planteó la entrada del Comité Banesto en Oil-Dor. En momentos posteriores a las negociaciones, se realizó una ampliación de capital en Oil-Dor suscrito en un 10% por uno de los acusados, Rafael Pérez Escolar y la Sociedad Cifuentes 2000<sup>9</sup>, Rafael Pérez era pleno conocedor de las negociaciones que se estaban llevando a cabo entre Oil-Dor y el Comité ya que él mismo era Consejo de la Comisión. En esta ampliación, Francisco González, a quien posteriormente se le encargaría valorar la sociedad y un plan de evolución del negocio donde se pretendía incrementar el volumen del negocio por orden de los hermanos García Pardo, adquirió un 4% de participaciones a través de la sociedad F.G. INVERIONES BURSÁTILES.

Volviendo al modus operandi de Centro Comercial Concha Espina, Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar con el apoyo de Carlos García Pardo e Ignacio Arrechea, quienes presentaron la viabilidad de Oil-Dor en representación del grupo Dorna, presentaron a la Comisión Ejecutiva de la Corporación la oportunidad de inversión en Oil-Dor, sin mencionar en ningún momento su relación personal con la empresa ni la falta de aplicación del plan de negocio realizado por F.G. De la misma manera que se ocultó por los acusados su implicación en el Oil-Dor, también se ocultó el cargo que ostentaba Rafael Pérez Escolar como Consejero de Oil-Dor y la intención de Mario Conde y Arturo Romaní de participar en la sociedad con la intervención de dos de sus empresas: Montilsa y Servicios y Recursos S.A.

---

<sup>9</sup> Empresa familiar del acusado Rafael Pérez Escolar

Una vez aprobada la inversión de la Corporación en Oil-Dor se acordó una ampliación de capital, situando el precio de la acción en 10.000 pesetas cuando la Corporación aprobó la inversión valorando las acciones a 300.000 pesetas/acción. Mario Conde (a través de Montilsa), Arturo Romaní (por medio de Servicios y recursos) y Rafael Pérez Escolar (utilizando a San Antón del Espino, Santa Cruz de Bujedo, Las Jaras de San Luis y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis) se beneficiaron de esa ampliación de capital antes de la entrada de la Corporación en la sociedad. En un momento posterior en el tiempo, pero todavía sin la entrada efectiva de la Corporación, Oil-Dor pidió un préstamo a banco de Vitoria con aval de la Corporación para prevenir un excesivo endeudamiento.

Formalizado el acuerdo entre Oil Dor y Banesto, se procedió al pago saltándose lo establecido en un primer momento, en el que se pagaría la mitad al contado y la otra mitad a la espera de la consecución de objetivos del plan estratégico, el pago se realizó la mitad al contado y la otra mitad en acciones Banesto. Los acusados, Mario Conde y Arturo Romani vendieron sus acciones a través de Montilsa a la sociedad Inversiones Redivere, propiedad de la familia García Pardo, obteniendo un amplio beneficio por la venta de las acciones. Para llegar al porcentaje necesario por la Corporación, los vendedores fueron: Servicios y Recursos (en manos de Mario Conde y Arturo Romaní), y sociedades de Pérez Escolar.

Dados los malos resultados financieros de Oil Dor, se planteó una ampliación de capital dividida en dos fases: la primera financiada por la Corporación, Inversiones Revidere y Sociedades de Rafael Pérez Escolar, y la segunda suscrita al 100% por la Corporación emitidas por un valor nominal de 10.000 pesetas, por lo que el único momento en el que las acciones se vendieron a 300.000 pesetas fue cuando la Corporación adquirió las mismas de los accionistas de Oil Dor.

## **5. Carbueros Metálicos**

En 1989 la Sociedad Carbueros Metálicos estaba participada por el Banco Español de Crédito, el Banco Santander y Air Products Canada Ltd. En ese mismo año, Banesto emitió deuda subordinada con warrants (que representaban el 18% de Carbueros) asociados al portador que daban oportunidad de suscribir acciones de Carbueros de 1990

a 1994. Los acusados, Mario Conde y Arturo Romaní, contactaron con Jacobo Hachuel Moreno para que a través de EURIS S.A. se hiciera con los warrants de Carburos, de manera que antes de la emisión de los warrants se firmó un compromiso de compra entre EURIS y Banesto con la recompra posterior de los mismos por Banesto. Un año más tarde de la compra de los warrants por EURIS, en 1990 Banesto los recompró a través de CARTERA DE TÍTULOS S.A. (EURIS adquirió una plusvalía por esta operación de 1.109 pesetas).

En 1990 se produjeron una serie de reuniones entre Banesto, representada por Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, y Air Products por los que se firmaba un acuerdo de opciones (denominación que sustituyó a los warrants) por el que Air Products adquiriría el derecho a comprar acciones de Carburos con una limitación temporal hasta 1994. El precio que se pagó por los derechos fueron 1334 millones de pesetas. Arturo Romaní y Rafael Pérez Escobar determinaron que la cantidad sería ingresada a favor de una sociedad manejada por Jacques Hachuel en una cuenta denominada “Doctor Peter Widmer-Bufete Hamburger Ackermann” en Suiza y no en el propio Banesto. Tras recibir el pago de Air Products, el monto se traspasó a MARIELLA REAL ESTATE HOLDING ESTABLISHMENT (sociedad controlada por Jaques Hachuel), posteriormente a Peter Schwarz y de éste a Hans Garner quien lo depositó en una cuenta bancaria de Levis Foundation en Liechtetein. Tras el pago, Air Products intentó hacerse con un recibo justificativo del pago pero lo más que le otorgaron Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar fue un documento acreditativo de una supuesta relación entre Air Products y Hamburger Ackermann.

## **6. Locales Comerciales**

Fernando Garro Carballo en su condición de Director General del Banco Español de Crédito decidió utilizar las facultades propias de su cargo para obtener beneficio económico a raíz de adquisiciones de locales de uso comercial y naves, cifrando el precio pagado por el Banco en uno notablemente superior al negociado efectivamente y disponiendo de la diferencia mediante cheques al portador. Para esta actividad, se sirvió de Tomás Allende Milans del Bosch para recibir los cheques y captar los inmuebles. Durante 1989 y 1990 se realizaron seis operaciones de este tipo:

1. Local Calle San Mario: Enrique Garde recibiendo órdenes de Fernando Garro cerró la compra del local por 276 millones de pesetas cuando el precio real se cifró en 185 millones. En escritura pública se cifró en 85 millones recibiendo el resto en cheques al portador respaldados por Banesto. La cantidad sobrante entre los 276 autorizados y los 185 convenidos para el pago, es decir, los 91 millones se quedaron en manos de Fernando Garro.
2. Local calle Fundadores: siguiendo las indicaciones de Fernando Garro el Servicio de Obras del banco formuló propuesta de compra por 221.000.000 de pesetas, precio superior al acordado efectivamente. La finca se escrituró por 62 millones y medio de pesetas, los vendedores recibieron la suma escriturada y otros 62 millones y medio, reservándose la diferencia (96 millones) para Fernando Garro quien se uso de Tomás Allende para disponer del monto compensándolo primero en el Banco de Comercio y después en el Banco de Progreso.
3. Local calle Mesejo: se cifró la adquisición por Banesto en 445.500.000 pesetas, escriturándose en 240 millones y anotándose 14.400.000 pesetas como gastos de transacciones patrimoniales. Siguiendo el mismo mecanismo que en los casos anteriores, el cheque al portador restante fue adquirido por Tomás Allende y descontado en el Banco de Comercio y después ingresado en el Banco del Progreso.
4. Siguiendo esta misma estructura, se produjeron compras en las calle Torregrosa, San Fernando de Henares y Azuqueca de Henares en idénticas condiciones que las expuestas para el resto de compras.

La cantidad total que se ingresó en Banco del Progreso, banco elegido por la amistad entre el director del banco, Cándido Fernández Tendero y Fernando Garro, a favor de Fernando Garro fueron 1550 millones de pesetas que procedían de la compensación de cheques al portador. Para proceder a ingresar los cheques en el Banco del Progreso se utilizaron multitud de mañas, entre las que nos encontramos desde la creación de identidades ficticias (Fernando Garró facilitó el nombre Antonio Cuesta Gutierrez, identidad inventada, como forma de ocultación de él mismo) hasta inversiones en pagarés del Tesoro camuflándolos con nombres clave como ALMORADIEL o CINTINELA.



## **7. Isolux**

Una de las sociedades de Banesto, atravesaba una profunda crisis en 1989 de tal entidad que se tenía que decidir entre liquidar la sociedad o sanearla, con la creación de la Corporación Banesto, se tomó la decisión de sanearla buscando nuevos inversores: CARTINMONSA y VALYSER. Se nombró un nuevo órgano directivo de Isolux, compuesto por Carlos Díaz Porgueres y Eugenio Martínez Jiménez como representante de Valyser. Se planteó un saneamiento de la sociedad mediante la venta de acciones de Isolux, parte de las mismas se vendieron a Cartinmosa, parte a Valyser y parte a Corporación Banesto. Para hacer frente a estos pagos, Valyser tuvo que pedir préstamos a Caixa Vigo y Banco de Progreso aportando una confort letter avalada por una de las sociedades patrimoniales de Mario Conde.

Con la mejora de resultados de Isolux se planteó su fusión con Wat S.A., sociedad controlada mayoritariamente por Banesto y posteriormente controlada en su totalidad por la Corporación. Isolux adquirió la totalidad de las participaciones de Corporación produciéndose la absorción de Wat por Isolux. Después de la absorción, se planteó por la compañía Portland Iberia realizar inversiones en Isolux-Wat, el presidente en ese momento de Isolux-wat era Victoriano López, persona que también formaba parte del Consejo de Administración de Portland. Después de la autorización por el Consejo de Portland se compraron las participaciones a Valyser, empresa que obtuvo una plusvalía de 950 millones de pesetas. En 1992 Isolux-Wat realizó una ampliación de capital en la que participaron todos los socios, aunque la Corporación fue el único socio que desembolsó su parte de la ampliación. También en 1992, Cemex adquirió Portland Iberia y se vendieron las participaciones que tenía Portland Iberia (las adquiridas de Valyser y las correspondientes en la ampliación de capital, estas últimas desembolsadas en un 33,3%).

Valyser vendió a JAMUNA S.A., el 2% de sus participaciones en Isolux-wat efectuándose el pago en 1993, aunque en la memoria de Isolux-Wat no se reflejó el cambio de titularidad del 2% de las acciones. El porcentaje en manos de Valyser y Jamuna acabó en manos de la Corporación tras transacciones intermedias, de manera que Mariano Gómez de Liaño encargó a Francisco Javier Gómez que encontrara sociedades intermediarias, en este caso se eligió Ibiser S.A. Tras la compra del 30% de las acciones

por Ibiser, estas fueron vendidas a Metallgesellschaft para que posteriormente se firmara un contrato de opción con la Corporación.

Para la realización de todas estas operaciones, los acusados mantuvieron contacto con Valyser. Las relaciones existentes iban desde relaciones patrimoniales de Mario Conde (Valores Castellanos S.A o Campo del Azufre S.A. otorgaron a Valyser préstamos, también llevando a cabo compras de participaciones por Valyser en empresas controladas por Mario Conde); pasando por las relaciones entre Mariano Gómez de Liaño y Eugenio Martínez como asesores jurídicos a Valyser; hasta los trabajos facturados por Arturo Romani que nunca llegaron a realizarse a favor de Valyser.

## **8. Promociones hoteleras**

Mariano Gomez de Liaño realizó la compra de un palacete situado en la calle Fernando el Santo de Madrid con la participación de Sociedades: Ansi Investment y Valyser. Con la creación de La Corporación se debía encontrar un edificio autónomo para realizar su actividad, y fue presentado el palacete ya descrito ante la Comisión ejecutiva por Arturo Romaní ocultando a quién pertenecían verdaderamente las sociedades. Entre La Corporación y Promociones Hoteleras se llevó a cabo dos contratos: el primero de arrendamiento del palacete durante 1990, y el segundo de opción de compra del inmueble. En ejecución de la opción se vendieron a Unión Inmobiliaria Internacional S.A (sociedad filial de la matriz participada por Banesto). acciones de Promociones Hoteleras.

## **9. Artificios contables**

Tras un análisis de la Inspección del Banco de España se determina que existe un déficit de provisiones en las cuentas de Banesto, se adoptó por el Banco un plan de saneamiento de cuentas, que recogían un fondo de provisión de insolvencias, aprobadas por el Banco de España en 1992. En 1993 se realizó una auditoria externa por Price Waterhouse y, se determinó que las cuentas reflejaban fielmente la imagen de la empresa y se acordó por Banesto realizar una ampliación de capital con el apoyo de JP Morgan.

Ante el descubrimiento del los créditos morosos de Banesto por el Banco de España. Representantes del Banco de España y Banesto, representado por Enrique Lasarte

y Paulina Beato con la supervisión de Mario Conde, acordaron establecer un plan para corregir esos déficits, plan que no fue asumido por el Banco de España y finalmente se sustituyó a todo el Consejo de Administración de Banesto a favor de un gestor provisional.

#### **IV. FALLO SENTENCIA RECURRIDA**

---

Antes de describir el fallo pronunciado por el Tribunal Supremo cabe recordar que se trata de un recurso de casación ante una Sentencia<sup>10</sup> pronunciada por la Audiencia Nacional. Los delitos por lo que se condena a los acusados son los que se disponen a continuación:

**IV.1) Delito de apropiación indebida:** cabe recordar que en el momento en el que se juzgó el caso el Código vigente era el Código Penal de 1973, que estipulaba en su artículo 535 la acción típica de la apropiación indebida de la siguiente manera:

“Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropien con ánimo de lucro.”

En el apartado 5.a.) de este documento se resaltaré la diferencia entre la redacción de apropiación indebida antes de la reforma del Código Penal por medio de la LO 5/2015 (caso en el que nos encontramos con la Sentencia del Caso Banesto) y el encuadramiento alternativo de la apropiación indebida tras la reforma.

---

<sup>10</sup> El Fallo completo de la Sentencia está recogido como Anexo I.

**IV.2) Delito de estafa:** de igual manera, el Tribunal condena por la estafa constitutiva de delito recogida en el artículo 248 del Código Penal:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno...”

Los condenados por el delito de estafa en condición de autoría son Mario Conde Conde, Arturo Romaní Biescas y Rafal Pérez Escolar en su relación con Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor S.A. De igual forma que con el delito de apropiación indebida, se condena subsidiariamente a las sociedades instrumentales utilizadas para la comisión del delito de estafa, que en este caso son: Montilsa S.L. respecto de la cantidad que deben satisfacer los condenados, Mario Conde y Arturo Romaní, al Banco de España, y Cifuentes 2000, Las Jaras de San Luis, Santa Cruz de Bujedo, San Antón del Espino y Aprovechamientos Agropecuarios respecto de las cantidades que tiene que abonar al Banco Español de Crédito únicamente el condenado, Rafael Pérez Escolar. Al imputado Fernando Garro Carballo se le absolvió del delito de estafa.

En este caso no se modificó el delito de estafa con la reforma LO 5/2015, por lo que la redacción y la interpretación que se viene haciendo ahora de este delito sigue siendo la misma que en el momento de la resolución del caso.

**IV.3) Decomisado de bienes inmuebles:** este delito se achaca a las sociedades instrumentales intervinientes en las operaciones del caso. Estos delitos se aplican a las operaciones detalladas en los hechos probados, analizaremos una a una para observar la calificación realizada por el Tribunal:

- a.) **Operaciones Cementeras:** en primer lugar, se condena del delito de apropiación indebida a Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas en la condición de autores en “Operaciones Cementeras” y a las compañías Gay Gordon y Data Transmissions Systems S.A. Se condena a las Sociedades en aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo, por la cual se puede ver la clara dependencia de las sociedades y los acusados, Mario Conde y Arturo Romaní.

- b.) **Carbueros metálicos:** de la misma forma, se condena a Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar como autor y cómplice respectivamente, del delito de apropiación indebida respecto a la operación “Carbueros Metálicos”. No condenando en este caso a los acusados, Mario Conde ni Jacobo Hachuel Moreno, por la operación de Carbueros.
  
- c.) **Locales comerciales:** por la operación “Locales Comerciales” se condena a Fernando Garro Carballo en condición de autor de un delito continuado de apropiación indebida.
  
- d.) **Retirada de caja de 300 millones de pesetas:** se absuelve a Mario Conde por el delito de apropiación indebida dada la prescripción del mismo.
  
- e.) **Isolux:** se absuelve a la totalidad de los acusados por las operaciones de Isolux; Mario Conde, Arturo Romaní, Eugenio Martínez Jiménez, Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Sitges.
  
- f.) **Promociones hoteleras:** de igual forma que en la operación Isolux, se absuelve a todos los acusados por las actividades de promociones hoteleras.
  
- g.) **Artificios Contables:** se entiende que las actuaciones realizadas no son constitutivas de delito y por lo tanto se aprecia falsedad documental.

Ante el enjuiciamiento realizado por el Tribunal de Instancia, tanto el Ministerio Fiscal como las Acusaciones (populares y particulares) recurren en casación ante las absoluciones realizadas por el Tribunal, también recurren en casación las sociedades que alegan ser titulares de bienes sobre los que se ha ordenado comiso al igual que las sociedades civiles responsables subsidiarias que se consideran totalmente desligadas de los hechos delictivos. Los acusados también recurrieron la Sentencia de Instancia por entender que se han dado casos de vulneración como por ejemplo la vulneración al juez predeterminado por la ley o la vulneración al procedimiento con todas las garantías legales.

## V. FUNDAMENTOS DE DERECHO (RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA)

---

Dada la complejidad de los fundamentos de la Sentencia, en este Documento únicamente se procederá a argumentar un breve resumen de los Fundamentos de Derecho expuestos por la Sala. A este respecto, y a modo de síntesis de lo expuesto por el Tribunal Supremo, se analizarán brevemente los recursos de las partes más importantes, siendo éstos los siguientes:

**V.1) ¿Cubre el Recurso de Casación el Derecho a la doble Instancia?:** este recurso presentado por Rafael Pérez, se plantea sobre la posibilidad de rehacer de nuevo el juicio sentenciado en Instancia debido a los recursos presentados por las partes intervinientes ya que van más allá de lo recogido legalmente sobre la revisión en casación por quebrantamiento de forma y garantías procesales, y se pretenden analizar más cuestiones de las habituales en los recursos de casación. A este aspecto, el Tribunal desestima la cuestión.

**V.2) Vulnera un Juez de Apoyo el Derecho Constitucional al Juez Ordinario predeterminado por la Ley?:** se pide la nulidad de la sentencia dictada en instancia debido a la supuesta vulneración del Juez predeterminado por la ley, no por el hecho de que existiera un juez de apoyo sino en base a la forma de selección del mismo ya que todos los asuntos económicos presentados se dirigen ante el juzgado de instrucción número 3, por lo que la querrela que se iba a presentar contra los acusados que se consideraba hecho notorio, sería repartida con toda probabilidad a su juzgado. Entendiendo de esta manera que la designación fue Ad Hoc. Sobre este asunto incluso se pronunció el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>. Por todos estos motivos a parte de la explicación reiterada del Consejo General del Poder Judicial, se desestima esta petición.

**V.3) ¿Son los peritos del Banco de España independientes para actuar en el proceso?** Se entiende que no se puede quitar credibilidad a los peritos por el mero hecho de que

---

<sup>11</sup> En Tribunal Constitucional se pronuncia sobre este supuesto en el Auto de 14 de febrero de 1996, en este Auto se inadmite la demanda por falta de contenido constitucional.

<sup>12</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humano desestima igualmente la demanda por considerarla prematura y únicamente se podrían pronunciar sobre este aspecto a la finalización del juicio penal.

sean presentados por una parte u otra, sino que la valoración de sus testimonios corresponde al juzgador y si se apoyara este recursos se prohibiría la utilización de peritos procedentes de organismos oficiales, por tanto se desestima la pretensión.

**V.4) ¿Se vulnera el principio acusatorio en la operación cementeras?** La sentencia condena a Mario Conde por la operación cementeras cuando no estaba acusado por esta actividad y por tanto el acusado entiende que se ha vulnerado su derecho a contradicción y defensa. Aunque es cierto que no se había informado del enjuiciamiento de dos hormigoneras, se entiende que pertenecen al conjunto de la operación cementeras y se tiene que valorar conjuntamente por lo que se desestima el recurso de indefensión.

1. Alcance del error de hecho
2. Alcance del macroproceso: la sentencia establece que se debe distinguir entre conexidad necesaria y conexidad de conveniencia, pudiendo ser razonable dividir el caso en diferentes procesos autónomos ya que por su complejidad y efectos en la economía nacional convendría haberla valorado por separado.

Haciendo un análisis de las peticiones estimadas sobre las diferentes operaciones objeto del caso, el esquema quedaría de la siguiente manera:

A) Operación retirada de caja de 300 millones: en la Sentencia se estima que respecto de esta operación existe un delito continuado, y no de un delito único como se expone en la Sentencia de Instancia. El Tribunal Supremo determina que sí se está en presencia de un plan determinado y preconcebido y la realización de ese mismo plan, por lo que se está ante un delito continuado. Al observarse una única unidad natural de acción se aprecia por la sala el delito continuado. Al darse en el caso todos de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia y el Código Penal; a). Único sujeto activo de todas las acciones; b). Dolo unitario; c). Lesión del bien jurídico de forma homogénea; d). Similitud respecto de la violación del tipo penal; e). Conexión espacio-temporal; se entiende que existe delito continuado. En estas mismas líneas, se debe apreciar la falta de prescripción que se apreció en la primera sentencia dado que al considerar ahora el delito como delito continuado, el recurso relativo a la prescripción también se estima.

**B) Operación Cementeras, Operación Centro Comercial y Oil Dor:** no se ha cambiado la calificación realizada en la primera Sentencia sobre la operación cementaras ya que la Sala desestimó todos los recursos en relación a esta operación.

**C) Carbuos Metálicos:** en esta operación intervinieron los acusados Arturo Romaní, Rafael Pérez Escolar Y Jacobo Hachiel Moreno; respecto a los dos primeros se les condenó en la condición de autor y cómplice respectivamente, alegando la prescripción de la acción. La Sentencia estima la pretensión de las acusaciones en las que se pide la condena de Rafael Pérez Escolar en condición de coautoría y no como cómplice, calificación dada por Instancia basándose en los hechos realizados por Rafael Pérez Escolar, ya que el condenado tiene presencia durante todo el ciclo delictivo y sus actuaciones son decisivas para el acaecimiento del delito. Respecto de la prescripción del delito de Jacobo Hachiel Moreno, la acusación particular entiende que en el momento en el que se presentó la querrela y en el que se le tomó declaración no había prescrito el delito; la Sala entiende que aunque es cierto que cuando Jacobo Hachiel declaró como acusado el delito sí había prescrito, en la querrela se mencionan pagos a un despacho de abogados suizo con el que se le vinculaba desde un principio y aún con más fuerza tras la declaración de Arturo Romaní, por lo que se estima la inaplicación de la prescripción.

**D) Locales Comerciales:** esta operación fue calificada por la Sentencia de Instancia como delito de apropiación indebida penado de la forma más favorable al acusado conforme al Código Penal. No se estima ninguno de los recursos presentados en relación con esta operación.

**E) Artificios Contables:** en contradicción de la valoración hecha por la Instancia, esta Sala sí considera que los acusados, Mario Conde y Enrique Lasarte eran plenos conocedores de las alteraciones que se estaban cometiendo y las permitieron bajo su supervisión, visión opuesta a la dada por la Sentencia de Instancia que determinaba que al no existir dolo o intención el hecho tipificado quedaba sin fundamento y no se apreciaba delito. Se entiende que las actuaciones acometidas en relación con Artificios Contables, se encuadran dentro de un delito de falsedad documental por apreciarse dolo en la comisión de los hechos, constatable con la firma de los acusados en las cuentas anuales de Banesto en 1992. Al apreciar por tanto el Tribunal un delito de falsedad, se tiene que estudiar qué regulación se debe aplicar, ya que es de obligatorio cumplimiento



la aplicación de la legislación más favorable al reo, por este principio se aplica el artículo 303 en relación con el artículo 302.4º y 6º del Código Penal de 1973 ya que al aplicarse el artículo 290 del Código actual se llegaría a una peor situación para los condenados. Por todo lo expuesto, la Sala condena a Mario Conde y Enrique Lasarte como autores del delito de falsedad en documento mercantil por las acciones realizadas en Artificios Contables.

Respecto de los recursos presentados por las sociedades responsables subsidiarias, no se ha cambiado en nada la Sentencia de Instancia, desestimando todos los recursos presentados por las Sociedades Instrumentales.

## **VI. ANÁLISIS DEL FALLO Y REFORMA CONFORME LO 1/2015**

---

### **VI. 1) Levantamiento del velo (comiso):**

Se puede observar cómo la doctrina del levantamiento del velo está presente a lo largo de toda la Sentencia, ya que alude a la interpretación hecha por el Tribunal sobre la verdadera naturaleza y titularidad de las Sociedades con las que los acusados tienen una estrecha relación. El comiso de los bienes ordenado por el Tribunal va más allá de las normas nacionales, cabe recordar que aunque la competencia penal sigue estando sometida a la soberanía de los Estados y no está cedida a la Unión Europea, este procedimiento de comiso está recogido en múltiples instrumentos internacionales como el Convenio Europeo del 8 de noviembre de 1990 que determina que para proteger los intereses del Estado y a la propia Sociedad de delitos con criminalidad grave, se permite el comiso mediante la privación permanente de los bienes obtenidos ilícitamente productos de un delito.

En el análisis realizado por el Tribunal sobre la titularidad de las Sociedades, se pone en relieve que los efectos derivados de los actos delictivos fueron inscritos a nombre de Sociedades destinadas a tratar de ocultar a la Justicia la procedencia de esos bienes y que fuera imposible la sustracción de los mismos por no existir identidad entre los condenados y los titulares de los bienes. Las Sociedades del caso fueron creadas con la finalidad de encubrir bajo una apariencia formal de sociedad una cuestión que no va más allá de una

cobertura para intentar eludir las consecuencias derivadas de la procedencia ilícita de las ganancias. La Sentencia evidencia que cada una de las Sociedades condenadas al comiso estaban en manos, directa o indirectamente, de los condenados:

1. Longanor: aunque el recurso de la Sociedad establece su falta de conexión con los condenados, el Tribunal declara probado en base a las pruebas practicadas por las acusaciones y el Ministerio Fiscal, que aunque Longanor estaba registrada a nombre de Elena García Maquedano, Administradora única de la sociedad, quien realmente llevaba a cabo las actividades de la Sociedad era Arturo Romaní, siendo Elena García Maquedano la figura principal únicamente hacía un papel de hombre de paja para intentar desviar la atención del verdadero control de la Sociedad. Se declaró probado que Arturo Romaní utilizó dinero procedente de un delito de apropiación indebida de la Operación Cementeras para la compra de un complejo de fincas en nombre y por cuenta de Longanor.
2. Inversiones Lucenses: en la Sentencia de Instancia, al igual que en el caso de Longanor, se estima la comisión de los bienes posesión de Inversiones Lucenses. Este comiso fue recurrido por la Sociedad en base al artículo 127 del Código Penal:

“El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito...”

Siguiendo la misma estructura de levantamiento del velo, aunque existían más personas en la posición de accionistas e incluso figuraba entre los accionista una sociedad extranjera, la Sentencia de Instancia y el recurso del Tribunal Supremo declaran probado que las fincas se adquirieron con dinero proveniente de delito y quien ordenaba la administración y funcionamiento de la Sociedad era Fernando Garro, estableciendo que parte de los cheques obtenidos por la operación Locales Comercial, fueron destinados a la compra de estas fincas, y por tanto, han sido financiadas mediante dinero generado ilícitamente.

3. Inversiones Cajatambo: aunque esta sociedad no aparece nombrada a lo largo de la sentencia, se entiende que la finca que se decomisó, pero se achaca la culpabilidad de este hecho a Fernando Garro, quien sabía de sobra que una de las fincas que se pretendía comisar era de Inversiones Cajatambo. De igual forma que en los dos casos anteriores, el análisis de la Sala sobre la procedencia de los fondos sigue el mismo mecanismo, observándose de nuevo la procedencia ilegal del dinero que se utilizó para la compra.
  
4. De igual forma que en los casos anteriores, se estima que las Sociedades Data Transmissions System, Montilsa, Cifuentes 2000, Las Jaras de San Luis, Santa Cruz de Bujedo, San Antón del Espino y Aproximamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis son meras sociedades pantalla que tratan de ocultar la titularidad real de quién está detrás de las mismas, habiéndose constatado en los hechos probados que las Sociedades estaban intervenidas en más o menos medida por alguno de los acusados. Las personas físicas que figuraban como administradores únicos o incluso como accionistas únicamente figuraban como meros hombres de paja para tratar de desviar la atención en base a estas sociedades y emborronar el rastro ilícito generado por los acusados.

En el caso nos ocupa, el encuadre de los hechos cometidos por las personas jurídicas se limita al comiso de bienes porque la responsabilidad penal de las personas jurídicas no fue introducida en el Código Penal español hasta 2010, con la reforma de la LO 5/2010. Hasta ese momento, se enjuiciaban los hechos en base a la persona física y sus hechos podían derivar en consecuencias accesorias, en las que se incluye el comiso propio de este caso. Con esta reforma se deroga el principio seguido tradicionalmente por nuestro ordenamiento de “*Societas delinquere non potest*”. Aunque posteriormente, con la LO 1/2015 también se introdujeron modificaciones<sup>13</sup> en base a la responsabilidad penal de la persona jurídica, éstas son de escaso interés para el caso en el que nos encontramos. En relación con la figura del comiso, que con esta modificación legal pasa a llamarse

---

<sup>13</sup> Estas modificaciones se reducen a: 1.) limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de infracción del deber de supervisión de sus empleados; 2.) creación de sistemas de compliance como sistemas de prevención para reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos en el seno societario; 3). Creación de un órgano de supervisión y control del programa de compliance; 4). Se amplía la responsabilidad penal de la empresa a las sociedades mercantiles estatales que lleven a cabo políticas públicas.

decomiso, la regulación nacional se modifica con el fin de adaptarse a las exigencias internacionales, el decomiso concretamente se adapta a la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril. El decomiso se modifica en tres aspectos: se introduce el decomiso sin sentencia, el decomiso ampliado y el decomiso sobre bienes de terceros. Para el caso Banesto, podría ser de aplicación el decomiso sobre bienes de terceros ya que en todo momento los titulares del desvío de los fondos eran las Sociedades instrumentales creadas para tal efecto, por lo que se menciona en la propia sentencia que las Sociedades se consideran tan unidas a los responsables del delito que a efectos del decomiso no se consideran del todo terceros. Conforme a la nueva regulación, el supuesto de decomiso del caso se encuadraría en el artículo 127 bis, que en su apartado 2.2º hace especial hincapié en la creación o utilización de sociedades pantalla para la ocultación de bienes derivados de actuaciones ilícitas.

Art 127 bis:

“1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

(...) 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes (...)”

A pesar de que se haya introducido una regulación concreta para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sociedades no pueden incurrir en el catálogo completo de tipos recogidos en el Código Penal, sino que el legislador prevé una serie de delitos concretos en los que se puede encontrar la responsabilidad penal societaria.

## **VI.2) Apropiación indebida:**

Desde el inicio del procedimiento con el Juzgado de Instrucción se entiende que los hechos acometidos por los acusados son constitutivos del delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 535 del Código Penal de 1973 concurriendo igualmente una agravante por gravedad del hecho típico, esta agravante está recogida en el número 7 del artículo 529 del Código. El propio Código Penal remite al artículo 528 para la imposición de la pena de apropiación indebida, artículo propio de la estafa.

¿Por qué se considera que las actuaciones encuadran dentro del tipo de apropiación indebida y no en el delito de estafa? A pesar de que la pena sea la estipulada en la disposición de la estafa (concurriendo la agravante por especial cualidad del delito), se entiende que la actuación no encuadra dentro de este tipo porque aunque los acusados produjeron error bastante en un tercero, se entiende que se apropiaron de cosas muebles mediante maquinaciones en el precio de las cosas, valiéndose de su situación dentro del Banco de Crédito para acometer dichas actuaciones. El punto principal para condenar la actuación de los acusados es que se dio un destino distinto al dinero del que le correspondía legítimamente, ya que mayoritariamente la doctrina considera que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es el patrimonio o incluso el derecho de crédito.

Antes de la reforma del Código Penal por medio de la LO 1/2015, ya se había hecho la distinción entre administración desleal y apropiación indebida, incluso jurisprudencialmente se observa cómo se entiende esta distinción en la Sentencia

- a.) Apropiación indebida: atiende al ánimo de la persona de ser titular de los bienes de forma definitiva, se aboga a ese ánimo de permanencia en la posesión del bien.
- b.) Gestión desleal: de manera opuesta a la apropiación indebida, la gestión desleal se realiza sin ánimo de permanencia sobre el bien, se refiere únicamente al uso temporal de los mismos por la persona. Esta distinción también se observa en la Sentencia 973/2009 de 6 de octubre, que fundamenta la distinción en el “animus rem sibi habendi”.

Con la última reforma del Código Penal por medio de la LO 1/2015, se mantiene la distinción realizada en reformas anteriores del Código, tipificando de manera aislada el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal en sus artículos 252 y 253. Como nota a mencionar, es importante tener en cuenta que la última modificación

del Código derogó el artículo 295 considerado como delito societario de administración fraudulenta, por lo que los preceptos que antes se podían incluir en este artículo ahora son redirigidos a los artículos 252 y 253.

Artículo 252 Código Penal, de la administración desleal:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

9. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Artículo 253 Código Penal, de la apropiación indebida:

“1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Con la redacción actual del Código Penal, si se tuviera que enjuiciar el caso a día de hoy, los hechos constitutivos de delito se encuadrarían dentro de ambos tipos ya que las acciones cometidas por los acusados encuadran a la perfección en ambas redacciones.

En relación con la posibilidad de concurso entre ambos, se entiende que se incurre en un concurso real del artículo 73 del Código (la posibilidad de concurso nace al derogarse el artículo 295). Bajo mi punto de vista, los hechos constitutivos de delito se encuadran en ambos preceptos porque:

- Si se encuadrara únicamente en el delito de apropiación indebida o de administración desleal, no estaría recogida la totalidad del hecho punible ya que los acusados por un lado se excedieron en el ejercicio de administración de un patrimonio ajeno, pero por otro lado se apropiaron de dinero, efectos o valores muebles ajenos.
- Existe por los acusados el ánimo doloso de lucrarse mediante la comisión de las operaciones mencionadas en los hechos probados, existiendo igualmente ánimo de incorporar los bienes a su propio patrimonio (en este caso por medio de empresas pantalla bajo su administración), por lo que sí se observa el “animus rem sibi habendi” coexistiendo la voluntad de privar al titular del dinero y la voluntad de hacerse propietario de los bienes.
- Posesión inicial legítima que los acusados transformaron con el paso del tiempo en ilegítima, en un primer momento la posesión de los cheques era legítima en las empresas que se pretendía invertir, hasta que los acusados por medio de ingeniera societaria desviaron los fondos hacia empresas bajo su gestión.
- Los acusados tenían la obligación de entregar a un tercero los fondos obtenidos del Banesto.

### **VI.3) Falsedad en documento mercantil**

En Instancia la Sala entendió que la petición de las acusaciones de delito en falsedad en documento mercantil en la operación artificios contables no se observa en el caso y por tanto, los acusados Mario Conde, Arturo Romaní, Juan Belloso, Enrique Lasarte, Rafael Pérez y Ramiro Nuñez eran absueltos de estos cargos.

En el recurso presentado por las acusaciones, se pone de manifiesto la absolución por los cargos de falsedad en documento mercantil ya que se estima que los hechos están mal enjuiciados por el Tribunal de Instancia. Tal y como establece la Sala del Tribunal Supremo, enjuiciar el delito de falsedad documental está impregnado de una gran subjetividad que tiene que ser sacada a la luz por los juzgadores. En el análisis de este delito se tiene que tener en cuenta la realización de “juicios de valor”, y al ser puramente subjetivos, influye la disposición del Tribunal, esta doctrina de los juicios de valor ha sido

analizada por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, como por ejemplo en la Sentencia del 31 de marzo de 1988<sup>14</sup> o la del 14 de febrero de 1996. No es algo inusual que se alegue por las acusaciones como motivo de casación el error de valoración de la prueba por los Tribunales de Instancia, aunque la doctrina debe recordar que la actividad probatoria realizada por el Juez de instancia se apoya en los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que además, se cumplen las exigencias constitucionales con la práctica de los principios de inmediación, contradicción y oralidad. De igual forma, el juez a quo goza de privilegios inexistentes en los recursos de casación, como son la intervención directa en el proceso de prueba.

Para que una decisión valorativa pueda ser rectificada en casación, se entiende que la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las Sentencias 11 de febrero de 1994 y 5 de febrero de 1994 requiere que se den una serie de condiciones:

1. Que exista una narración descriptiva de supuestos inexactos
2. Que exista error de apreciación de la prueba practicada y que este error sea notorio e importante
3. Que exista en la prueba un error de apreciación de tal gravedad que sea suficiente para modificar el fallo de Instancia

Asentadas las bases de error en la valoración de prueba, la Sala del Tribunal Supremo estima que para el caso concreto que estamos tratando, las operaciones realizadas en Artificios Contables tenían que ser conocidas por Mario Conde, que en ese momento era Presidente de la Entidad Financiera, y Enrique Lasarte, Consejo Delegado del Banco Español de Crédito, y todas las operaciones financieras tenían que ser conocidas por ellos, y más allá de eso, debían ser plenamente conscientes de la verdadera realidad contable del Banco ya que el Tribunal entiende que las figuras de Presidente y Consejo Delegado son dos figuras de responsabilidad que asumen una responsabilidad directa sobre la autenticidad de las cuentas presentadas por la Entidad. De esta forma se pedía considerar los hechos como típicos del artículo 303 y 302.4º,6º del Código Penal de 1973 que hacía relación a faltar a la verdad como falsedad para considerar como falso un documento público u oficial. El Tribunal considera probados los hechos y estima de aplicación el

---

<sup>14</sup> En la propia Sentencia se reconoce que la labor valorativa de la Sala hace imposible extraer conclusiones objetivas sobre la valoración de pruebas, ya que se hace en base a su particular criterio.



artículo 290 del Código Civil de 1995, que condensa el antiguo artículo 303 siendo la nueva redacción mucho más homogénea, sin que se quiebre el principio de legalidad por aplicarse una regulación posterior al momento de comisión del delito ya que el hecho cometido siempre ha sido considerado como ilícito. El artículo 290 establece lo siguiente:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

A pesar de que el artículo 290 se considera como un avance más homogéneo y con una mejora jurídica respecto de la redacción anterior, no se podrá aplicar una regulación más perjudicial para los acusados que la existente en el momento de perpetración del delito, es decir, la única posibilidad que existiría para aplicar el nuevo código de 1995 sería que el trato para los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte mejorara comparativamente con el otorgado por el código de 1973. Analizados ambos Códigos y sus consecuencias para los reos, se determina de aplicación el Código de 1973 por entenderse que es la opción penológica más favorable. La redacción literal de los artículos 303 y 302.4º establece lo siguiente:

Artículo 303:

“El particular que cometiere en documento público u oficial, o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior será castigado con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

Artículo 302.4ª,6ª:

“Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad:

- (...) 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.
- (...) 6.º Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido. (...)”.

Se entiende que los hechos realizados por Mario Conde y Enrique Lasarte encuadran dentro de los artículos 303 y 302 porque:

1. Las cuentas de la sociedad fueron falseadas hasta el punto de quebrantar el principio contable de imagen fiel, incurriendo también en la falta de afectar a balances y cuentas anuales que tuvo como consecuencia perjuicio grave. No solo se imputa un quebrantamiento de la imagen fiel de la sociedad, sino que se considera que las alteraciones contables inducen a error sobre la situación económica, patrimonial o financiera de un grupo empresarial no siendo los accionistas los únicos perjudicados, sino que se perjudica a la sociedad en general ya que se perturban el tráfico económico, que se incrementa aún más cuando la Sociedad en cuestión es una entidad financiera. Los criterios de formulación de las cuentas anuales están recogidos en múltiples disposiciones legales del Código de Comercio y la Ley de Sociedades (anónimas y de responsabilidad limitada), por lo que el balance y la cuenta de resultados no se deben tomar como documentos sin importancia, sino más bien todo lo contrario ya que van a ser los encargados de reflejar la “salud” financiera de la Sociedad.
2. Existencia de dolo por parte de los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte a la hora del falseamiento de las cuentas, quienes debían conocer la verdadera situación de la Sociedad. El dolo así mismo también está presentado en la aprobación de las cuentas de Banesto en 1992 y los balances preceptivos de 1993.

A pesar de que el Tribunal sí admitió la falsedad documental en el caso, se niega por parte de éste que existiera una falsedad continuada en el tiempo. Aunque jurisprudencialmente la continuidad en el delito de falsificación de cuentas está admitido, el delito por sí mismo necesita de un plan preestablecido para llevarse a cabo la conducta típica por lo que es necesario un cumulo de hechos que se desarrollen en el tiempo para poder apreciar el delito de falsedad documental. Esta necesidad de dilación en el tiempo, también está presente en la Sentencia del 10 de diciembre de 2004 donde se establece que

la contabilidad societaria está compuesta por varias partidas y cuando se habla de falsedad, es necesaria la realización de varias acciones tendentes a la consecución de un único resultado típico.

La última reforma del Código mediante la LO 1/2015, no introduce modificaciones respecto de la regulación anterior sobre la figura de la falsedad en documentos mercantiles, por lo que el enjuiciamiento de los mismos seguiría la misma línea de razonamiento que la seguida en el caso por la Sala del Supremo.

#### **VI.4) Estafa**

El Tribunal Supremo en su análisis del caso en el recurso de casación, no establece modificaciones respecto de lo observado por instrucción sobre el delito de estafa, ya que consideran que sí se produjo error bastante para causar perjuicio. En la actual redacción del Código Penal, se reproduce el artículo 248 utilizado para enjuiciar los hechos objeto del caso y además se establecen supuestos de agravación de la pena como que el importe defraudado supere los 50.000€ ( pena que podrá ser aún mayor si concurren la agravante 1 con alguna de las expuestas en los apartados del 4 al 7, es decir, cuando el importe defraudado supere los 250.000€) , o que se abuse de una posición de confianza o credibilidad profesional para la comisión del delito (este sería el caso en el que se encuadraría el Caso Banesto, ya que los acusados en todo momento aprovecharon sus posiciones directivas en el Banco para realizar los hechos). Con esta nueva regulación del delito de estafa, los hechos constitutivos de la acción típica siguen siendo ilícitos y además se incrementa la pena prevista para los delitos de estafa.

### **VII. IMPORTANCIA JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA**

---

A pesar de que en el pasado la jurisprudencia no constituía una de las fuentes principales de nuestro Derecho, a día de hoy, debido a la influencia del Derecho Europeo se está adoptando cada vez más la jurisprudencia como una fuente más del Derecho Español. Las sentencias no sólo contribuyen a la elaboración de leyes cada vez más actuales y conectadas con la Sociedad, sino que sirven como precedente para el

enjuiciamiento de casos en los que se repiten estructuras en los hechos. Por esta razón, la Sentencia 867/2002 se alza como un pilar importante para futuros fallos jurisprudenciales.

Aunque la doctrina del levantamiento del velo tiene como origen la Sentencia del 28 de mayo de 1984, en la que se identificó por primera vez este supuesto, la Sentencia que nos ocupa como objeto de estudio, ha contribuido a dar una visión más formada y establecer un precedente jurisprudencial en la aplicación del levantamiento del velo ya que en la misma se realiza un análisis pormenorizado del procedimiento seguido por el Tribunal en la localización del destino de los fondos y las actuaciones realizadas por medio de las Sociedades Instrumentales con la cantidad obtenida ilícitamente. Más allá de la doctrina del levantamiento del velo, la Sentencia sirve como precedente principal ante la distinción entre administración desleal y estafa, estableciendo que en la estafa es fundamental el engaño anterior y que es necesario que la transmisión patrimonial se realice como consecuencia del engaño, mientras que en la apropiación indebida no se aprecia engaño sino vulneración de los vínculos de confianza y lealtad depositados en los administradores.

En relación con los delitos de falsedad en documento mercantil, la Sentencia también asienta las bases sobre las que se deben juzgar esta clase de delitos en los órganos principales de una sociedad. Se entiende, en palabras de la propia sentencia que: “la verdadera responsabilidad no está en la base, sino en el vértice que tiene capacidad de decisión”. Por lo que se abstrae con la lectura, es que aunque la actuación se haya realizado por las personas que tenían delegadas las facultades de ejecución, quien resulta responsable en última instancia es la persona, o personas, que tenían como facultad la función decisiva de una decisión concreta en el seno de la sociedad.

Ante los cargos enjuiciados por la sentencia relativos a la complicidad, la Sentencia establece que para que se aprecie la complicidad no es estrictamente necesario que el cómplice realice actos necesarios para la ejecución de la acción típica, sino que es suficiente para apreciar la figura del cómplice que exista una contribución relevante, observándose también el carácter accesorio que presenta la figura del cómplice en relación con el autor.

## VIII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS RESPECTO DE LA SENTENCIA

---

Bajo mi punto de vista, el recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo constituye una revisión necesaria de la Sentencia de Instancia, porque aunque en Instancia se enjuician la mayoría de los hechos constitutivos de delito, se dejan impunes algunas acciones típicas merecedoras de reproche penal y de la consecuente pena. Posiblemente, la actuación más relevante del Tribunal Supremo sea la condena de Enrique Lasarte y Fernando Garro quienes habían sido absueltos por la Audiencia Nacional en la Sentencia recurrida. Sorprende como en base a los mismos hechos a enjuiciar, se llega a una solución tan diferente por el Supremo, quien no da por prescrito el delito cometido en la operación retirada de caja, al considerarlo un delito continuado se entiende que las acciones constitutivas de delito se desarrollaron en un periodo más amplio de tiempo y que por tanto la prescripción del delito debe ampliarse, considerándose todavía vigente en el momento del juicio.

Al estudiar el caso no deja de sorprenderme la disparidad con la que el Tribunal trató los recursos presentados por las partes: se estimó parcialmente muchos de las alegaciones del Ministerio Fiscal, acusaciones populares y acusaciones particulares y se desestimó en su totalidad los recursos presentados por los condenados y las sociedades pantalla. A mi forma de ver, resultan insostenibles los recursos presentados por las sociedades instrumentales ya que el propio Tribunal siguió todo el hilo delictivo de las actuaciones y estableció en los hechos probados, cómo los fondos desembocaban de una forma u otra en las sociedades mencionadas. De la misma forma que bajo mi punto de vista, los responsables civiles subsidiarios se extralimitan en la petición de revisión al Tribunal Supremo, no lo hacen así los condenados Mario Conde y Arturo Romani. Aunque entiendo que la mayoría de los recursos presentados por los acusados, no tienen base jurídica (por ejemplo, no creo que se pueda alegar la violación de la presunción de inocencia o la actuación sobrevenida en relación con un cargo cuando se está siendo parte en el proceso en el que se están enjuiciando esos, y otros muchos, hechos delictivos), sí puedo observar cómo en relación con el recurso número quinto del acusado, Mario Conde, se podría estar vulnerando el principio de aplicación de la pena más favorable al reo si no se analiza en profundidad el fallo. En su recurso número quinto establece:

“QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por estimarse vulnerado el art. 25.1, en relación con el 9.3 CE, como consecuencia de la aplicación retroactiva en perjuicio del reo del art. 250.6ª y 7ª del Código Penal vigente y consiguiente inaplicación del art. 529.7ª, con relación al art. 528 del Código Penal, texto refundido de 1.973 en vigor en el momento de los hechos. (Operación Concha Espina).”

La redacción del Código vigente en el momento de comisión del delito establece que al concurrir solo una de las circunstancias modificativas del artículo 529, se impondrá la pena del delito de estafa en su grado máximo, mientras que en el artículo aplicado por el Tribunal de Instancia de forma retroactiva, se impone una pena mayor que la estipulada en el Código de 1973. A juicio de la Sala del Tribunal Supremo, entienden que se tiene que hacer una aplicación total del Código de 1995 o del modificado de 1973, pero no se puede hacer una mezcla de ambos porque se entraría en contradicción con la Disposición Segunda del Código de 1995.<sup>15</sup> Lo que no se tuvo en cuenta por el acusado al alegar este recurso fue la continuidad delictiva, que en base al Código penal de 1973 tendría que elevarse su pena al grado medio superior, hasta diez años de prisión, mientras que el Código aplicado por el Tribunal se impone hasta una pena máxima de 6 años. Es cierto que, si no se hubiese tenido en cuenta que se trataba de un delito continuado en el tiempo, la opción más favorable habría sido sin dudar la de 1973 pero teniendo en cuenta este factor parece incuestionable que no se ha vulnerado el principio de aplicación de la pena más favorable.

De la misma forma que en los supuestos anteriores, me llama la atención como el Tribunal Supremo realiza una corrección en la valoración y enjuiciamiento de la Audiencia Nacional en relación con los hechos constitutivos de falsedad en documento mercantil. Es cierto que, conforme a la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley Mercantil, los administradores de una sociedad son responsables de las cuentas promulgadas por la entidad, pero que fuera del ámbito propio del Derecho penal se exija responsabilidad a estos puestos no me resulta motivo suficiente para ejercer sobre ellos una consecuencia propia del Derecho penal. Esto es así porque la Sala atribuye la pena en función a la

---

<sup>15</sup> Esta doctrina ha sido acuñada por la propia Sala del Tribunal Supremo en la Sentencia 30 octubre de 1998.

posición que los acusados ostentaban en el Banco, no analizando la intencionalidad individual con la que cada individuo intervino en la realización del delito<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cabe recordar que el Derecho Penal actúa de modo individual, no pudiéndose responder por un hecho ajeno y en el caso de los puestos de responsabilidad, cabe la posibilidad de delegar en otras personas capaces de realizar los hechos dispuestos. Por esta razón, el Tribunal debería analizar la actuación ejercida por los delegados y no únicamente enjuiciar el caso por la estructura orgánica seguida en la Sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

---

Economis Jurist, “La responsabilidad penal de los miembros de los órganos de administración de la empresa: prevención y defensa”. Acceso 7 de abril de 2019. <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-responsabilidad-penal-de-los-miembros-de-los-organos-de-administracion-de-la-empresa-prevencion-y-defensa/>

ICAM, “Cuadro comparativo Ley Orgánica 1/2015”. Acceso 10 de marzo de 2019. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/d3096-1973.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/d3096-1973.html)

Lefebvre, “La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario”. Acceso 5 de febrero de 2019. <https://elderecho.com/la-doctrina-jurisprudencial-del-levantamiento-del-velo-societario>

MODELO FLORES, José Miguel. “La aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en la determinación de la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas”. Trabajo Fin de Grado, Universidad Internacional de Andalucía.

Notaria Francisco Rosales de Salamanca, “El levantamiento del velo de la personalidad jurídica”. Acceso 5 de febrero de 2019.

Noticias Jurídicas, “Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre”. Acceso 10 de marzo de 2019. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/d3096-1973.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/d3096-1973.html)

Noticias Jurídicas, “El administrador ha distraído dinero en la sociedad, ¿Apropiación indebida o Administración desleal?”. Acceso 6 de abril de 2019. [www.noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9291-el-administrador-ha-distraido-dinero-de-la-sociedad-iquest:apropiacion-indebida-o-administracion-desleal/](http://www.noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9291-el-administrador-ha-distraido-dinero-de-la-sociedad-iquest:apropiacion-indebida-o-administracion-desleal/)

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 2002. “Administración societaria fraudulenta y Derecho Penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º época número 9.

Supremo Vlex. “Sentencia 867/2002, 29 de julio de 2002”. Acceso 8 de marzo de 2019. <https://supremo.vlex.es/vid/seguro-responsabilidad-civil-76-1-27821356>



VASTÓN VILABOA, Irene. “La doctrina del levantamiento del velo”. Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia Comillas.

Wolters Kluwer. “Complicidad”. Acceso 6 de marzo de 2019.

[http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA C1OwWrDMAz9G18KI1tGoQdfkuxQWMvozNhVcURi5kmZpWT1389dKhDSe3qS3s -CKTu8qh0wBmXZ5d2MBGIkE1P-ti4taBR6sZUBrwwEjr2t66cbCis66MuE04CpyaVTVogXFFsf9kYm\\_j3DGkbQwNRA2s 6FYbAvn9UtHp\\_31cGsmKQI7EcYkRTNFMbptaRuehAJ0jJp4ngsqz3zl-vajXd5RntChQ1egEYsPgQh-ekNCjhS8IEfQObrnW4W1fKuV3r\\_x8bHUjtQbCEiDXejfw9VNM8eAQAAWKE](http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA C1OwWrDMAz9G18KI1tGoQdfkuxQWMvozNhVcURi5kmZpWT1389dKhDSe3qS3s -CKTu8qh0wBmXZ5d2MBGIkE1P-ti4taBR6sZUBrwwEjr2t66cbCis66MuE04CpyaVTVogXFFsf9kYm_j3DGkbQwNRA2s 6FYbAvn9UtHp_31cGsmKQI7EcYkRTNFMbptaRuehAJ0jJp4ngsqz3zl-vajXd5RntChQ1egEYsPgQh-ekNCjhS8IEfQObrnW4W1fKuV3r_x8bHUjtQbCEiDXejfw9VNM8eAQAAWKE)

## **Anexo I (Fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional)**

---

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:**

1. **Que debemos condenar y condenamos** a los acusados Mario Antonio Conde Conde y Arturo Romaní Biescas, como autores responsables de un delito de apropiación indebida , ya definido, en relación con la denominada “ Operación Cementeras ”, sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal , a las siguientes penas :

- A Mario Conde Conde la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor y la accesoria de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena .

- A Arturo Romaní Biescas la pena de cuatro años de prisión menor y la accesoria de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena .

Ambos acusados deberán indemnizar solidariamente al Banco Español de Crédito ( por iguales cuotas en interna distribución ) en la cantidad de 1556 millones de pesetas . De esta cantidad responderán subsidiariamente las sociedades Gay Cordon S.A. en la proporción de 332.552.000 pts, y Data Transmissions System S.A. en la suma de 1.224.000.000 pts .

Se decreta el comiso de las siguientes fincas ,cuyo detalle obra en los fundamentos jurídicos de esta resolución : la finca denominada “ El Cuarto del Rincón ” ; la denominada “ Hacienda de los Melonares ”, en la ciudad de Sevilla ; y las fincas denominadas Campoleta en la ciudad de Mallorca .

2 . **Que debemos condenar y condenamos** a los acusados Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas y Rafael Pérez Escolar , como autores responsables de un delito continuado de estafa , ya definido, en relación con las operaciones denominadas “ Centro Comercial Concha Espina y

Oil Dor S.A. ” , sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal , a las siguientes penas :

- Al Acusado Mario Conde Conde la pena de seis años de prisión y multa de doce meses con cuota diaria de cincuenta mil pesetas , más la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas , durante el tiempo de la condena .

- A los acusados Arturo Romaní Biescas y Rafael Pérez Escolar la pena de cinco años y ocho meses de prisión, y multa de doce meses con cuota diaria de cincuenta mil pesetas , más la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas , durante el tiempo de la condena

Los acusados Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas indemnizarán solidariamente al Banco Español de Crédito ( por iguales cuotas en interna distribución ) en la cantidad de 985.016.900 ptas., por el hecho relativo al Centro Comercial Concha Espina, más 895.000.000 pesetas por el hecho relativo a Oil Dor. De estas cantidades responderá subsidiariamente la sociedad Montilsa, S.L.

El acusado Rafael Pérez Escolar deberá indemnizar al Banco Español de Crédito en la cantidad de 178.155.000 ptas., en relación con el Centro Comercial Concha Espina, más la suma de 638.000.000 pts. por el hecho Oil Dor S.A. , cantidades de las que responderán subsidiariamente las siguientes sociedades : 1) La sociedad Cifuentes 2000, S.A. en la cantidad de 178.155.000 ptas , en relación con el Centro Comercial Concha Espina , más 58.000.000 pts. en relación con Oil Dor ; 2) Las Jaras de San Luis, en la cantidad de 130.5000.000 pts; Sta. Cruz de Bujedo, en la cantidad de 188.500.000 pts; San Antón del Espino, en la cantidad de 145.000.000 de pesetas y

Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis, en la cantidad de 116.000.000 pts.

**Que debemos absolver y absolvemos** por este hecho a Fernando Garro Carballo y de la responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad Inversiones San Fergo S.A.

3. **Que debemos condenar y condenamos** al acusado Arturo Romaní Biescas como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido y al acusado Rafael Pérez Escolar , como cómplice de este delito , en relación con la operación “Carbuos Metálicos ” , sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas :

- Al acusado Arturo Romaní a la pena de 4 años de prisión menor , más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena .

- Al acusado Rafael Pérez Escolar , a la pena de cuatro meses de arresto mayor, más la accesoria legal de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena ,

El acusado Arturo Romaní Biescas indemnizará al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y subsidiariamente deberá hacerlo Rafael Pérez Escolar .

**Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Conde Conde del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la denominada operación “Carbuos Metálicos”.

**Que debemos absolver y absolvemos** a Jacobo Hachuel Moreno del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la

denominada operación “Carbueros Metálicos ”, por prescripción del delito, y de la responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad Mariella Real State .

4. **Que debemos condenar y condenamos** al acusado Fernando Garro Carballo, como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido , en relación con la denominada operación “ Locales Comerciales ”, a la pena de seis años de prisión y multa de doce meses a razón de cincuenta mil pesetas diarias, con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración y dirección de empresas , durante el tiempo de la condena , y a que indemnice al Banco Español de Crédito en la cantidad de 1550 millones de pesetas.

No ha lugar a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Inversiones Archanda, S.A., al no haber sido parte en este juicio .

Se decreta el comiso de las fincas sitas en la ciudad de Ibiza reseñadas en los fundamentos jurídicos de esta resolución .

5. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la denominada operación “ **retirada de caja de 300 millones de pesetas** ” , por prescripción del delito .

6 . **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Eugenio Martínez Jiménez , Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Sitges , de los delitos de apropiación indebida y estafa , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ Isolux ”, y a las sociedades EUMAN S.A., VALYSER S.A, y JAMUNA S.A. de la responsabilidad civil subsidiaria .

7. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Eugenio Martínez Jiménez , Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Sitges , de los delitos de apropiación indebida y estafa , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ Promociones Hoteleras ” , y a las sociedades EUMAN S.A., VALYSER S.A, ASNI INVESTMENT , y DOÑA ASCENSIÓN S.A, de la responsabilidad civil subsidiaria .

8. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Juan Belloso Garrido, Enrique Lasarte y Pérez Arregui, Rafael Pérez Escolar y Ramiro Nuñez Villaveirán y Ovílo , de los delitos de falsedad documental y demás delitos no anteriormente expresados , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ artificios contables ” .

No ha lugar a declarar la responsabilidad civil directa de AGF-La Unión y el FENIX S.A..

Los acusados abonarán las costas procesales en la siguiente proporción : Mario Conde 2/28 de las costas causadas . Arturo Romaní 3/28 de las costas causadas ; Rafael Pérez Escolar 3/28 de las costas causadas ; Fernando Garro Carballo 1/28 de las costas causadas ; incluidas las relativas a las acusaciones populares o particulares que formularon acusación por los hechos de los que resultan condenados . Las demás costas causadas se declaran de oficio .

Abónese a los acusados que resultan condenados el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa .